УКРАЇНСЬКИЙ СОЮЗ ПРОМИСЛОВЦІВ І ПІДПРИЄМЦІВ
Україна, 01001, Київ-1, вул. Хрещатик, 34
Тел.: (044) 278-3069, факс: (044) 226-3152
Банківські реквізити: П/р 26002301638 в
АК Промінвестбанк (ЗАТ) м.Києва, МФО 300012
ЄДРПОУ 00036897

УСПП

КОМІСІЯ З ПИТАНЬ НАУКИ ТА ІТ

"09" 12 2016 р.
№ 203

Голові Верховної Ради України
Парубію А.В.

Щодо законопроекту №3549-4

Шановний Андрію Володимировичу!

У Верховній Раді України зареєстровано законопроект «Про електронні комунікації», реєстр.№ 3549-4 від 30.09.2016 (далі – далі законопроект).

Аналіз законопроекту свідчить про наявність невідповідностей Конституції та законодавству України, а також рекомендаціям ЄС.

І. Так, на наш погляд доцільно скорегувати частину другу статті 1 та додати до неї наступний абзац:

«відомчі мережі та засоби електронних комунікацій, що експлуатуються юридичною або фізичною особою для задоволення власних потреб».

Залишення частини другої без запропонованого уточнення дасть можливість органу регулювання створити неправомірний механізм тиску на суб'єктів господарювання, якій може мати корупційну складову.

ІІ. Незрозумілим остається питання, чому в законопроекті відсутні положення, згідно з якими ВРУ здійснює ухвалення державної політики та законодавче забезпечення державного управління і регулювання у сфері електронних комунікацій, що **може стати передумовою не виконання парламентом вимог (позбавлення парламенту повноважень) передбачених статями 6, 75 та 85 Конституції України.**

ІІІ. Щодо термінів (визначень).

1. Законопроект перевантажений термінами і потребує уточнення, зокрема щодо видів доступу. При цьому остається незрозумілим питання, якщо цей перелік є виключним, то що суб'єкти господарювання не зможуть надавати інші види доступу як послугу?

2. Спірним у контексті щодо об'єкту договірних відносин є запропонований у визначенні «доступу» такий його різновид як «доступ до послуг віртуальних мереж», який по факту є послуга вторинного використання. Зазначена новація потребує додаткової конкретизації.

3. До складу окремих термінів (визначень) статті 1 законопроекту додано слово «ефективність», в подальшому по тексту зокрема використовується словосполучення «…ефективному функціонуванню …», «… ефективного розподілу…», «ефективне використання» тощо, **при цьому законом не визначено**

відповідних термінів щодо «ефективності», що дасть можливість органу регулювання створити неправомірний механізм тиску на суб'єктів господарювання, якій може мати корупційну складову, наприклад при перевірки умов використання ресурсу та позбавлення можливості користуватися ним на підставі вільного трактування питань ефективності.

4. Не можна погодитись з визначенням «ідентифікаційна комунікаційна картка», яка на думку розробників використовується для «ідентифікації кінцевого обладнання», адже така ідентифікації забезпечується за допомогою міжнародного ідентифікатора кінцевого обладнання» (International Mobile Equipment Identity – «IMEI»), ідентифікатора мобільного обладнання (Mobile Equipment Identifier – «MEID»), унікального ідентифікатора (Media Access Contro – «MAC-адреса») і т.інш. **Враховуючи зазначене, пропонуємо не ототожнювати абонентські номери (у попередньому визначенні «зони нумерації») із «мережевими ідентифікаторами».**

5. У визначенні «контент-послуги» пропонується провести чітке розмежування між послугами, пов'язаними із технічним інформуванням абонентів та послугами аудіотексу, за які саме і справляється відповідна плата. При цьому, в тексті законопроекту використовується термін «виклики з підвищеною платою» (пп. «е» п. 6 ч. 3 статті 25).

6. Враховуючи словосполучення «користування радіочастотами», у визначенні «ліцензія на користування радіочастотами» слід було б зазначати про «ліцензію на діяльність, пов'язаною із користуванням радіочастотами (радіочастотою)», що узгоджувалося б з Господарським кодексом України в частині визначення «господарської діяльності» (ч. 1 статті 3) як «діяльності суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямованої на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність».

IV Текст законопроекту обтяжений посиланнями на норми Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони та відповідні Директиви Європейського Парламенту та Ради.

Як відомо, імплементація міжнародних договорів відбувається за допомогою визначеного Конституцією України механізму трансформації норм міжнародних договорів у норми національного права.

Тому доцільно вилучити із законопроекту, усі вищезазначені посилання, зокрема з частини першої статті 3, 10, 17 і т.інш.

V. **Згідно з вимогами статті 17** чинного Закону України «Про телекомунікації» НКРЗІ, є державним колегіальним органом, підпорядкованим Президенту України.

1. Дана вимога була прийнята за часи раніше діючої редакції Конституції України, яка регламентувала відповідні повноваження Президента України.

Але, постановою Верховної Ради України від 22 лютого 2014 року № 750-VII «Про текст Конституції України в редакції 28 червня 1996 року, із змінами і доповненнями, внесеними законами України від 8 грудня 2004 року № 2222-IV, від 1 лютого 2011 року № 2952-VI, від 19 вересня 2013 року № 586-VII» (далі – Постанова ВРУ) визнано такими, що є чинними на території України положення Конституції України, прийнятої на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня

1996 року, із змінами і доповненнями, внесеними законами України від 8 грудня 2004 року № 2222-IV, від 1 лютого 2011 року № 2952-VI, від 19 вересня 2013 року № 586-VII.

Пунктом 2 Постанови ВРУ визначено, що закони та інші нормативно-правові акти є чинними в частині, що не суперечить положенням Конституції України, прийнятої на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року, із змінами і доповненнями, внесеними законами України від 8 грудня 2004 року № 2222-IV, від 01 лютого 2011 року № 2952-VI, від 19 вересня 2013 року № 586-VII, і мають бути невідкладно приведені у відповідність до вищезазначеної редакції Конституції України, **що в подальшому було закріплено на рівні закону№742-VII.**

Згідно з визначеннями чинної редакції статті 106 Конституції України, **Президент України на сьогоднішній день не має повноважень, передбачених статтями 17, 18, 19 законопроекту.**

Згідно з вимогами статті 116 Конституції України, Кабінет Міністрів України спрямовує і координує роботу міністерств, інших органів виконавчої влади; утворює, реорганізовує та ліквідовує відповідно до закону міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, діючи в межах коштів, передбачених на утримання органів виконавчої влади; призначає на посади та звільняє з посад за поданням Прем'єр-міністра України керівників центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністрів України.

До речі, Конституційний суд України 08 жовтня 2008 рішенням №21-рп/2008 по справі №1-42/2008 вже визнавав такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення Закону щодо підконтрольності тодішнього регулятора (Національної комісії з питань регулювання зв'язку) Президентові України тощо.

Таким чином, пропоноване законопроектом підпорядкування НКРЗ Президенту України (статті 6, 7 законопроекту) суперечить вимогам Конституції України і не можуть бути реалізовані без внесення змін до неї.

2. Крім того, наділення владними повноваженнями «квазідержавного» органу (в редакції законопроекту) суперечить статті 5 Конституції України, за якою влада здійснюється через органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

«Паралельне» управління в державі не відповідає конституційній моделі організації влади в Україні, ставить реалізацію повноважень органів влади в залежність від рішень неконституційних органів, порушує права громадян на оскарження неправомірних рішень, обмежує компетенцію Уряду на створення та реорганізацію центральних органів виконавчої влади.

Зазначене не враховує вимог статей 1, 5, 8, 19, 85, 92, 116, 120 Конституції України. Вбачається певне втручання регулятора у компетенцію Уряду України, що також не відповідає приписам статей 6, 19, 85 та 116 Конституції України, а також правовій позиції Конституційного Суду України, згідно з якою неухильне додержання органами державної влади Конституції та законів України забезпечує реалізацію принципу поділу влади, є запорукою їх єдності та важливою передумовою стабільності і злагоди в державі (рішення від 2 березня 1999 року № 2-рп/99, від 16 березня 2004 року № 6-рп/2004, від 1 квітня 2008 року № 4-рп/2008, від 8 вересня 2009 року № 19-рп/2009, від 11 березня 2011 року № 2-рп/2011).

Пропонується взагалі виключити усі статті та посилання щодо органа регулювання з законопроекту та перенести це питання в окремий проект, який буде розроблений для усіх регуляторів без винятку, з єдиними вимогами до них, що дасть можливість усунути корупційні ризики діяльності таких органів.

3. Певним чином неконкретною є вимога п. 6 ч. 1 статті 7 до членів НКРЗ в частині, що стосується «не має представницького мандату та не бере участь у діяльності політичних партій», з огляду на оціночний характер такого формулювання.

VI. Пунктом 2 частини першої статті 8 на голову НКРЗ покладаються повноваження «вирішувати питання діяльності НКРЗ, що не віднесені законом до компетенції НКРЗ як колегіального органу».

Відповідно до вимог ст. 19 Конституції України, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Таким чином, надання повноважень голові НКРЗ, не віднесених законом до компетенції НКРЗ як колегіального органу, суперечать конституційним приписам та підлягають вилученню з законопроекту.

VII. Текст законопроекту обтяжений питаннями взаємодії з окремими органами державної влади (стаття 12).

На наш погляд зазначені питання повинні бути прописані у спільних порядках (інструкціях) взаємодії, прийнятих у відповідності до законодавства як нормативно-правові акти.

VIII. Статтею. 17 законопроекту встановлюються підстави проведення та етапи аналізу ринків, статтею 18 - критерії визначення ринку з неефективною конкуренцією та операторів із істотною ринковою перевагою, а статтею 19, 20, 21 – питання накладення зобов'язань на підприємства із істотною ринковою перевагою.

На наш погляд, новації згідно запропонованих критеріїв дій суб'єктів господарювання на ринку електронних комунікаційних послуг більш відповідають предмету регулювання антимонопольного законодавства. Зокрема наявність бар'єрів доступу на ринок, згідно з п. 7 частини 2 ст. 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції», є зловживанням на монопольному (домінуючому) ринку. Крім того, у частинах 3 та 4 ст. 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції» передбачено, що органи державної влади, до компетенції яких належить забезпечення державного регулювання та управління у відповідних галузях економіки, проводять моніторинг ринків цих галузей з метою аналізу та прогнозування їх розвитку, державний контроль за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції, захист інтересів суб'єктів господарювання та споживачів від його порушень здійснюються органами Антимонопольного комітету України.

Зазначимо, що згідно з пп. b) п. 1 ст. 253 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікованою відповідним Законом України від 16.09.2014 р. у разі виникнення розбіжностей між положеннями

Закону України «Про захист економічної конкуренції» та іншими суттєвими положеннями про конкуренцію Україна гарантує, що положення Закону мають переважну силу в межах цих розбіжностей.

Таким чином вищезазначені новації доцільно виключити з законопроекту.

IX. Новації законопроекту (зокрема ст. 26) щодо роздільного бухгалтерського обліку та обліку витрат не відповідає вимогам Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні».

Запропонований законопроектом підхід:

- не відповідає єдиній державній політики у цій сфері;

- обмежує компетенцію та ставить реалізацію повноважень уповноваженого центрального органу влади в залежність від рішень неконституційного органу - регулятора, порушує права громадян на оскарження неправомірних рішень.

До того ж вимогами Директиви 2002/21/ЄС Європейського парламенту та Ради від 7 березня 2002 року про спільні правові рамки для електронних комунікаційних мереж та послуг (Рамкова Директива) передбачено, що держави-члени можуть не застосовувати вимоги щодо введення окремого обліку діяльності до підприємств, річний оборот яких з діяльності, пов'язаної з електронними комунікаційними мережами або послугами у державах-членах менший за 50 мільйонів ЄВРО.

Бажання встановлювати в супереч законодавства безпідставні вимоги з роздільного обліку можуть використовуватися в корупційних оборудках та на користь суб'єктів, як антикокурентні дії.

X. У статті 5 законопроекту не достатньою мірою розмежовується «розроблення політики» та «забезпечення реалізації політики». Зокрема, «розроблення технічних вимог до публічних комунікаційних мереж та засобів електронних комунікацій і умов їх використання», «розроблення правил надання та отримання послуг електронних комунікацій, правил маршрутизації», здійснення обов'язків Адміністрації зв'язку України, співпраця з профільними міжнародними організаціями, доцільно віднести до компетенції НКРЗ.

XI. Положеннями ч. 10 статті 34 законопроекту провайдеру надається можливість змінювати тарифи, для чого пропонується встановити, що „послуги за новими тарифами можуть надаватись споживачу ... **за умови ненадходження від нього відмови** від подальшого отримання послуг за зміненими тарифами". Передбачається, що провайдер інформацію про подальшу зміну тарифів буде оприлюднювати на своєму веб-сайті. На нашу думку такий підхід є недостатньо дієвим задля дотримання права споживачів на свідоме та вільне волевиявлення щодо вибору та споживання послуг, оскільки не кожен споживач регулярно переглядає веб-сайт провайдера і має можливість своєчасно прийняти виважене рішення.

Пропонуємо, у разі зміни тарифів передбачити обов'язок провайдера отримувати саме згоду споживача – як достатню підставу для надання послуг за нових умов.

XII. Абзацом 3 ч. 3 статті 36 законопроекту передбачається, що питання щодо відшкодування завданих споживачеві фактичних збитків, моральної шкоди, втраченої ним вигоди через неналежне виконання провайдером обов'язків, передбачених законодавством та договором, вирішуються **в судовому порядку**. При

цьому іншими законопроекту є **запровадження досудового врегулювання спорів між споживачами та провайдерами, що створить** відповідні неузгодженості.

В п. 15 ч. 1 статті 37 законопроекту передбачена можливість оскарження неправомірних дій провайдера шляхом звернення не лише до суду, а й до НКРЗ чи інших уповноважених державних органів, яка деталізується в статті 55 законопроекту. При цьому, пропозиція досудового врегулювання відповідних питань за зверненням споживачів до НКРЗ створить надмірне навантаження на НКРЗ, та не узгоджуються з положеннями Закону України «Про захист прав споживачів» (стаття 22), згідно з якими «захист прав споживачів, передбачених законодавством, здійснюється судом».

XIII. У частинах. 1, 3, 4 статті 104 відсутня деталізація щодо висловлення «технічні та організаційні умови, які повинні дозволити уповноваженим особам» мати відповідний доступ «без присутності співробітників підприємства електронних комунікацій» «в точках розташування в межах комунікаційної мережі підприємства, що дозволяє технічну забезпечити технічну реалізацію інтерфейса».

Зазначені положення фактично передбачають забезпечення операторами процедури дистанційного зняття представниками уповноважених органів інформації з каналів зв'язку із використання відповідного обладнання поза межами технічних приміщень операторів телекомунікацій.

При цьому законопроект не дає однозначної відповіді, за чий рахунок закуповуватиметься відповідне обладнання.

Звертаємо увагу, що відповідно до статті 509 Цивільного кодексу України (ЦКУ) зобов'язання передавати майно однією стороною іншій віднесено до правовідносин зобов'язання. При цьому, статтею 510 ЦКУ визначено, що сторонами у таких правовідносинах виступають боржник та кредитор. Згідно ж статті 397 ЦКУ особа, яка фактично тримає у себе чуже майно є володільцем такого майна. Статтею 398 ЦКУ встановлено, що речове право на чуже майно (яким є право володіння) виникає на підставі договору з власником, а також на інших підставах, встановлених законом.

Такі відносини потребують врегулювання вимог глави 20 Господарського кодексу України, де обов'язковість укладання господарських договорів передбачена ч. 3 статті 179 у випадку, якщо вони засновані на державному замовленні, виконання якого є обов'язковим для суб'єкта господарювання у випадках, передбачених законом.

Такі договори повинні укладатись на підставі взаємної вигоди сторін, оскільки діяльність державних органів не повинна заподіювати шкоду суб'єктам господарювання.

Частиною 7 статті 319 ЦКУ передбачено, що власника може бути зобов'язано допустити до користування його майном інших осіб лише в порядку, встановленому законом. Але законопроект не містить положень, які б регулювали зазначений порядок, переклавши встановлення такого порядку на Кабінет Міністрів України.

Звертаємо увагу, що вищезазначені зобов'язання операторів телекомунікацій є забезпеченням функцій держави за рахунок приватних осіб, що не узгоджується з статтею 17 Конституції України, згідно з якою забезпечення державної безпеки України покладається на відповідні правоохоронні органи держави.

Пропонуємо уточнити новації законопроекту з урахуванням вимог Конституції, ЦКУ, ГКУ тощо.

XIV. У статті 107 законопроекту пропонується визначити особливості здійснення НКРЗ нагляду за додержанням законодавства про електронні комунікації.

Але зазначені новації не відповідають вимогам Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності».

Редакція п. 2 ч. 1 статті 108 в частині права уповноважених НКРЗ посадових осіб крім іншого оглядати документи чи предмети, що стосуються питання перевірки, на відміну від аналогічних положень ст. 19 чинного Закону України «Про телекомунікації» необґрунтовано посилює повноваження НКРЗІ, що не відповідає задекларованій меті лібералізації державного контролю у сфері електронних комунікацій.

Пропонуємо привести зазначені питання до вимог Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» без розширення повноважень.

XV. Незрозумілим залишається питання наділення національного регулятора повноваженнями (пункт 16 частини першої статті 11) «контролю якості послуг електронних комунікацій». **При цьому базові питання такого контролю законопроектом не визначаються, що говорить про можливість створення корупційного механізму цього контролю або покладання на суб'єкта господарювання (надавача послуг) необґрунтованих зобов'язань.**

XVI. Законопроектом встановлюються терміни та вимоги щодо питань трафіку, його маршрутизації, повноваження ЦОВЗ та НКРЗ «розроблення правил надання та отримання послуг електронних комунікацій, у тому числі, універсальних послуг, а також правил з'єднання мереж, маршрутизації, термінації та транзиту трафіку», тощо.

На наш погляд у питаннях пропуску трафіку та маршрутизації, доцільно зробити уточнення: «маршрутизації трафіку голосової телефонії», «пропуску трафіка телефонного зв'язку та мобільного телефонного зв'язку».

Внесення запропонованих змін дасть можливість усунути корупційну складову при виконанні наглядових функцій регулятором.

XVII. Статтями 19-22 законопроекту встановлюються повноваження регулятору – встановлювати зобов'язання.

На наш погляд втручання державного органу у взаємовідносини суб'єктів господарювання, крім випадків визначених зокрема Господарським кодексом, неприпустимі. Такі відносини повинні унормовуватись на договірних засадах між відповідними господарюючими суб'єктами.

Такий підхід крім іншого , порушує вимоги статті 22 Конституції України, згідно з якими Конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. На цей час Закон «Про телекомунікації» визначає договірний підхід до таких питань.

XVIII. Встановлення статтями 103, 106, 25, 90 повноважень органам влади стосовно здійснення заходів в умовах надзвичайних ситуацій **не узгоджується з нормами Конституції України та Господарського кодексу України.**

У даному випадку йдеться про обмеження права приватних власників (операторів телекомунікацій) щодо користування своєю власністю (адже управління (розпорядження) є невід'ємною складовою належної реалізації права власності). Однак, відповідно до приписів статей 41, 64 Конституції України окремі обмеження прав і свобод можуть встановлюватися лише в умовах воєнного або надзвичайного стану.

Це ж стосується здійснення господарської діяльності в умовах надзвичайного або воєнного стану, порядок якої визначено статтями 416, 417 Господарського кодексу України.

У законопроекті ж окрім випадків надзвичайного та воєнного стану пропонується передбачити відповідне обмеження і у випадках надзвичайних ситуацій, що виходить за межі конституційного припису.

XIX. У законопроекті доцільно запровадити **механізм, коли суб'єкт господарювання (користувач РЧРУ) звернувшись до регулятора за ліцензією, разом з нею зміг би отримати розрахунок ЕМС. При цьому взаємодія між суб'єктом та** *Державним підприємством* **доцільно обмежити, що дасть можливість усунути корупційні ризики такої взаємодії.**

Просимо врахувати зазначені зауваження та пропозиції при розгляді законопроекту та повернути законопроект суб'єкту законодавчої ініціативи для доопрацювання.

З повагою,

Віце-президент УСПП,
Голова Комісії з питань науки та ІТ **І.Пєтухов**